

POR GARCITELLO DE SANDOVAL, CON SIMON DE PINEDA SU SUEGRO.

En replica de ſu papel en derecho.

IVZGAVAMOS por poco neceſſario el reſponder a eſta vltima alegacion, y por mas conueniente no multiplicarlas en lo que no neceſſita dellas. Pero porque las partes libran los acertamientos deſus negocios, en que nada quede ſin reſpueſta, la darèmos aqui breuiſsimamente, a la replica que el Abogado de Simon de Pineda haze a la reſpueſta de Garcitello.

No con poca llaneza confiessa, y dà a entender la fuerça de las alegaciones de Garcitello, y la flaqueza de la probança de la excepcion de paga que opone, en quanto solamente la pretende excluir, diziendo, que bien procede todo en el pleito executiuo: pero que el presente lo ha dejado de ser, por auerse mandado en el dezir, y alegar en esta Real Audiencia, y que con ello quedô omnimodo vulnerada la via executiua. Y assi a esto solo se reduce toda la respuesta de este breue apuntamiento.

En el qual dezimos lo primero, que el auto de digan, y aleguen (tan propio y particular desta Real Audiencia) nunca se puede, ni debe dezir, que transfiere de tal manera el pleito executiuo en ordinario, que si la acciõ se fundaua en instrumento publico, y se oponia (como en este caso) excepcion de paga; el dezir, y alegar, aya, o deba de ser modo de abrogar, y euertir vnico verbo toda la disposicion de el derecho comun, y de estos Reynos, y admitir contra el instrumento las probanças que por el mesmo derecho no deben ser admitidas, contra el principio y regla del texto in l. si quando, C. de inofficioso testamento, cum vulgatis.

Dezimos lo segundo, que esto no puede tener lugar, ni se aplica con mayor indiuiduidad al auto de digan, y aleguen; porque esso mesmo parece que es lo que el en si contiene, quando cae (como en este caso) sobre mandamiento de execucion, dado en virtud de instrumento publico, hoc est, quod non reuocatur, neque confirmatur via executiua, sed tantûm suspenditur: & datur tertium genus actorum, hoc est, no confirmar, ni reuocar, sino querer tomar mas conocimiẽto para el dicho efecto de confirmar, o reuocar, y assi en caso que de el dicho conocimiento resulta justificado el mandamiento de execucion, se confirma, y determina, pronunciando auer juzgado bien el inferior que le mandò librar, y si por el contrario se reuoca, es de la mesma forma y manera, quando en vista, y reuista de los mismos autos se confirma, o reuoca el mandamiento de execucion: y assi non est verum, ni se aplica el dezir, que el auto de digan, y ale-

y aleguen, obra transfusion de la causa executiua en ordinaria, pues esso es lo mesmo sobre que se manda dezir, y alegar; a saber, si este instrumento, que tiene via executiua, es justo que la pierda, y se transfunda en ordinaria, por las excepciones que se alegan contra el mesmo instrumento: y assi esto es sobre lo que se ha tomado conocimiento, y se ha de pronunciar, y es inciuilissimo pretender de esto mesmo sobre que es oy el pleito, y litigio, querer sacar, y assentar por cosa executoriada, que esta es causa ordinaria, y que como en tal, el instrumento ha de perder su primitiua naturaleza, y admitir contra si genero, y modo de probanças, que las leyes de el Reyno contra el tienen reprobadas, y cuyo contrario justissimamente se pretende auerse de pronunciar por este pleito. Con cuya suposicion tambien es siniestra, y menos bien aplicada la inteligencia de la doctrina que se alega, a saber, que vna vez vulnerada la via executiua, cessa donec pro ea sint tres sententiæ conformes: para lo qual, despues de Gonzalez, se alega a Salgado de regia protectione, 3. parte, cap. 4. num. 44. Porque no ay lugar que con mayor llaneza destruya el intento contrario, y entendido como debe, pruebe el que vamos fundando. Para lo qual es de aduertir, que los Autores que refiere, disputan aquella question controuersa, vt: ũ auiendo en las causas executiuas primera sentencia del Ordinario, en que declare, *no auer lugar el remate*, si la reuoca el superior en grado de apelacion, y manda *hazer el remate*, se ha de executar esta segunda, o aguardar tercera y vltima? En la qual resoluiendo, como resueluen, estos Autores (con la comun mas comun, recebida, y practicada por esta Real Audiencia, que la segunda sentencia de remate se ha de executar. Bien se sigue, que resueluen estos Autores, que la primera sentencia del Ordinario, que denegò el remate, no vulnerò la via executiua; ni es menester aguardar tercera sentencia para executar la segunda, que reuocando la primera, mandó hazer remate, con la fiança de la ley de Toledo; que es derechamente lo contrario para lo q̃ la alega el Abogado.

Y agora

Y agora se entiende, y explica esta doctrina, de non vulneranda via executiua, en caso particular, y de excepcion (que como tal firmat regulam in contrarium) quãdo la primera sentencia que denegò el remate, ponit gladium ad radicem, y miró a la primitiua del instrumẽto, declarandole por falso, vsurario, y de su principio nulo; porque en este caso particular (que se halla remotissimo de el presente) la primera sentencia vulnera el instrumento, y su via executiua, hasta tanto que por tres sentencias conformes, prædictum instrumentum in sui radice natalibus, vt ita dicam, restituatur, & suas vires exerat.

Y en esta conformidad se entienden, y concilian dos decisiones de la Rota, que en esta materia parecian entre si derechamente contrarias, como las concilió la mesma Rota, in Anconitanà assecurationis, apud Coccinum decisione 78. num. 11. ibi: *Pro intelligentia harum decisionum domini distinguebant; quod aut est vulnerata obligatio cameralis, puta quia iudex absoluit á petitis, & hoc casu intrant prædicta; & iste est casus, de quo agitur: aut iudex pronuntiauit super inualidati decreti relaxati vigore dictæ obligationis, & ista pronuntiatio non vulnerat obligationem:* & ideo in hoc casu executiuè potest procedi: *& ita loquuntur decisiones allegatæ.*

Por manera, que a este segundo caso, y a sus terminos se aplican los del auto de digan, y aleguen, y aun con mayoridad de razon, respeto de que el no quita sino solamente suspende el mandamiento de execucion.

Cõ cuyo presupuesto se echarà de ver, que no es aplicable a este caso, ni tiene que ver con el lo que se alega de la disceptacion 445. de Graciano, el qual, y los que alega, proponen otra question muy diferente, y es, que la regla de que la via executiua no produce efecto de excepcion de cosa juzgada, se limita, y no procede quando toda via en el juyzio executiuo de el articulo plenè cognitum fuit: por manera, que este efecto nace, y se deriua de la causa que plenè cognitum fuerit, y no de que aya, o no aya prueba. Y asi bien es compatible, que la causa no aya salido de los terminos de executiua, aunq́

aya tenido prueba, y no produzga efecto de cosa juzgada: y vice versa, sin auer tenido prueba del articulo, aunque mere via executiua, sit plené cognitum, y produzga efecto de cosa juzgada. Y asi para el efecto de que se trata, y para el neruio, y meritos de causa de este pleito, no tiene que ver, ni se aplica esta doctrina.

Y no es menos fuera de proposito la doctrina que se alega de Baldo, in lege per hanc, C. de temporibus appellationum, dum docet, quòd in secunda instantia non est admittenda exceptio, per quam mutatur figura iudicij. Porque no tiene que ver, y son remotissimas estas palabras de los terminos deste pleito para que se traen, y se aplican, para quando en la segunda instancia se alegan excepciones tan remotas y estrañas de la materia del pleito de la primera, como lo es la doctrina de Baldo para este caso: porque entonces enseña el muy bien, que no se han de admitir: como nouissimamẽte lo prueba, y funda bien Salgado in tractatu de retentione 2. p. cap. 8. à num. 3. ibi: *Contrarium tamen semper de iure verius esse, & probaui, & sæpé defendi, imó super articulo, & iure nouiter deducto in instantia appellationis omnimodo diuerso, & separato à principali petitione, & libello, & ab illo minime dependente opus esse nouo iuditio, & noua instantia; ac per consequens semper ad Ordinarium remittenda.* Y el primer fundamento que para esto alega en terminos, es la doctrina de Baldo in dicta lege per hanc, de adonde (auiendola visto) el Abogado de Simon de Pineda, se valio de ella, aplicandola tan indeuidamente al caso de este pleito. Nec mirùm, porque aunque es verdad, que en la segunda instancia tiene lugar el brocardico: *Non allegata allegabo, non probata probabo*; pues la conclusion dictæ legis per hanc; toda via non allegata, & non probata, deben ser de la materia de la primera instancia, o dependientes de ella, y no de otra manera, textus elegans in cap. cum Ioannes 10. de fide instrumentorum, ibi: *Quod etsi nouum esset capitulum, pendebat tamen ex veteri.*

Y finalmente, porque todo lo que se alega es de esta

calidad, y por no cansar, me contentaré con responder a la vltima alegacion, en que se dize animosamente, que con solas presunciones bastan en la via executiua, para impedir la execucion de el instrumento guarentigio. Para lo qual se alega a Menochio de præsumptionibus, lib. 3. præsumptione 135. numero finali, el qual por lo menos, lo primero, en mi libro no dize tal cosa. Lo segundo, aunque lo dixera, importara poco, porque no tuuo noticia de las execuciones del Reyno de Castilla, ni escriuio conforme a ellas: con cuyo fundamento de camino quedan repulsadas todas las doctrinas de estrágeros, que en esta materia se alegan.

Y el otro Autor que alega es a Graciano tomo 5. cap. 951. num. 19. Y no puede auer Autor, que mas le destruya, y compruebe el intento que defendemos, porque alega a la decision de Rota, diuersorum 92. numer. 1. & 6. parte 1. en la qual fue muy controuerso, si la presuncion iuris, y aprobada indiuidualmente por la ley, en materia de paga, debia impedir la execucion cameral, y con tener grandissima controuersia, determinó la Rota, que por ser de ley especial, pudiesse producir este efecto; suponiendo por llano (como lo es) que pues en la presuncion iuris huuo tanta controuersia; en las hominis, por muchas que sean, no se ha de hazer caso ninguno de ellas, para impedir la via executiua: vt patet dicto numero 6. ibi: *In ista discusione domini dixerunt, vt causa proponatur iterum in sequenti, & dabitur resolutio, & quod Nicolaus cogatur edere libros, ex quibus apparebit veritas. Die veró 26. eiusdem fecit constare de tali satisfactione, vt impediat executionem obligationis cameralis ex certa, & speciali præsumptione iuris; quod solutio præsumitur facta in grauiorem, & duriorem causam, quæ præsumptio onerat duriori onere probandi contrarium, ita vt licet possent considerari aliquæ coniecturæ pro parte Bernardi, quæ forté circunscripta prædicta præsumptione probarent, nihilominus non sufficiunt ad tollendam præsumptionem iuris.*

Y mucho mejor en el numero 4. ibi: *Mouebat dominus, quod*

quod etiam contra obligationem cameralem probatur exceptio ſolutionis, quando tamen probatur ſolutio præſumptione iuris.

Como quiera que tampoco eſtas deciſiones tuuieron noticia de la ley de las execuciones de Caſtilla, ni hablan, ni proceden conforme a ella; y tambien fueran excluidas como todas las alegaciones eſtrañas, y fuera de eſtos Reynos.

Ex quibus parece, que ſe retuercen bien en fauor de Garcitello las meſmas doctrinas, que por Simon de Pineda, menos aduertidamente alega ſu Abogado: y aſsi eſpera la determinacion en ſu fauor. Salvo, &c.